

# Laïcité, respect des croyances et liberté d'expression

Henri Leclerc

Avocat au Barreau de Paris

## L'ESSENTIEL

La loi de 1905 de séparation des Églises et de l'État consacre l'affirmation de la neutralité de l'État en matière religieuse, et constitue le fondement du principe de laïcité dans notre République. Pour ce qui est de la liberté de conscience, l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 affirme que « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses* ». Le respect des croyances s'inscrit dans cette double reconnaissance de la neutralité de l'État et de la liberté de conscience. Mais que recouvre précisément ce droit au respect des croyances ? La Cour européenne laisse une grande marge de manœuvre aux États et a tendance, dans ses arrêts, à privilégier la sensibilité des croyants sur la liberté d'expression. La jurisprudence française quant à elle a évolué ; elle a, à plusieurs reprises, refusé de condamner une publication dont le caractère choquant était manifeste, mais pour laquelle il n'était pas établi, de la part de l'auteur, une intention spécifique d'outrager les croyants. À propos des caricatures, les juges ont eu l'occasion de déclarer qu'il s'agissait d'un genre littéraire qui, bien que délibérément provoquant, participait indéniablement au débat démocratique. ■

La Constitution et la Cour européenne nous le disent : si la France est une république laïque qui assure l'égalité de tous les citoyens sans distinction de religion et respecte toutes les croyances, elle permet d'exprimer des idées qui heurtent, choquent ou inquiètent les croyants, parce qu'elle est aussi démocratique et donc plurielle, tolérante et ouverte<sup>1</sup>. Voilà pour les principes incontournables. Reste à s'entendre sur les mots puis à en examiner les conséquences concrètes. Qu'est-ce donc que le principe de laïcité ? Quel est ce respect que l'on doit porter aux croyances et d'ailleurs que sont ces croyances qu'il convient de respecter ? Enfin quelles frontières délimitent en ce domaine la liberté d'expression ?

### LAÏCITÉ ET LIBERTÉ DE CONSCIENCE

Le principe de laïcité est devenu une antienne du débat politique. Chacun s'en réclame, en exige l'application, mais si le concept est incontournable, ses modalités d'application confrontées aux évolutions sociologiques sont invoquées à tort et à travers. Chacun plie la laïcité à sa façon pour justifier ses choix idéologiques ou politiques, et lui donne le contenu qui lui convient. Il faut donc revenir aux sources : la laïcité, c'est l'affirmation concrète de la liberté de conscience et de la neutralité de l'État. Et rien d'autre. Même si la loi de Jules Ferry de 1882 instaurant l'école primaire obligatoire et l'affranchissant de toute tutelle de l'Église lance les premières bases de la laïcité de l'État, celle-ci est véritablement née, chacun le sait, au début du XX<sup>e</sup> siècle pour mettre fin à un affrontement redoutable, et qui fut même parfois violent, entre ceux qui voulaient chasser la religion de l'espace public et ceux qui voulaient y maintenir une présence institutionnelle de l'Église catholique. Sous l'impulsion d'Aristide Briand, ils firent malgré tout, dans le tumulte, les uns et les autres, un effort remarquable de conciliation et promulguèrent la « Loi de séparation des Églises et de l'État » du 9 décembre 1905 dont l'article 1<sup>er</sup> proclame que « La République assure la liberté de conscience.

1. Article Premier de la Constitution du 4 octobre 1958, et la jurisprudence de la CEDH (une centaine d'arrêts) depuis Handyside c/ Royaume-Uni, 7 décembre 1976.

*Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* » ; et l'article 2 que « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ». Après avoir posé les règles, la loi délimitait les modalités pratiques, les conditions de la séparation. Bien qu'elle ne prononce jamais le mot, la laïcité s'enracine donc bien dans ces deux premiers articles de la loi qui en est, selon l'expression de la Cour européenne des droits de l'homme, « la clef de voûte<sup>2</sup> ».

Mais l'apport de la loi de 1905 était avant tout l'affirmation de la neutralité de l'État en matière religieuse. Pour ce qui est de la liberté de conscience, l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 avait affirmé que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Cette proclamation solennelle était évidemment la traduction du long combat des lumières au XVIII<sup>e</sup> siècle contre l'hégémonie de l'Église. Il ne s'agissait plus seulement de tolérer le protestantisme comme le fit le remarquable Édit de Nantes d'Henri IV en 1598 avant qu'il ne soit révoqué par Louis XIV en 1685, ou même l'Édit de tolérance de Versailles par lequel Louis XVI en 1787 reconnaissait aux non-catholiques, juifs et protestants le droit d'avoir un état civil. Ce n'est plus une concession de l'État monarchique, c'est un droit qui est reconnu à chaque citoyen d'avoir ou de ne pas avoir une religion quelle qu'elle soit et de la manifester. Ainsi, le 28 septembre 1791, lorsque l'Assemblée constituante se sépare, Adrien Duport peut s'écrier avant le vote de la loi d'émancipation des juifs : « Je crois que la liberté de culte ne permet aucune distinction dans les droits politiques des citoyens en raison de leur croyance. » La liberté de conscience affirmée aujourd'hui comme un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République fait partie du bloc de constitutionnalité.

Comme souvent, ce droit reconnu est confirmé et objectivé par la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article 9 intégralement

2. CEDH, Drogu c/ France du 4 décembre 2008 (§ 28).

repris par l'article 10 de la Charte pour les droits fondamentaux de l'Union européenne énonce que « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ». Tout est dit. Le deuxième alinéa de l'article 9 n'a plus qu'à préciser le droit reconnu en en fixant les limites. La manifestation des convictions religieuses ne peut être restreinte que par une loi nécessaire dans une société démocratique à la protection, d'intérêts énumérés limitativement : la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou la protection des droits et libertés d'autrui. La Cour européenne cherchant comme pour les autres droits énoncés à examiner la qualité de la loi, et à vérifier sa nécessité au regard des critères limitatifs, puis s'avançant sur le terrain infiniment flexible de la proportionnalité nous offre matière à une réflexion qui en un tel domaine ne peut éviter le questionnement philosophique.

### QUEL RESPECT ET À QUELLES CROYANCES ?

Le respect des croyances s'inscrit dans cette double reconnaissance de la neutralité de l'État et de la liberté de conscience. Mais une équivoque subsiste sur la signification des mots. La Constitution dit que la République « *respecte toutes les croyances* ». Mais que veut dire respecter ? Le mot est quelque peu polysémique. Respecter, ce peut être : traiter avec respect au sens d'estime, d'égards dus à la position sociale, à l'âge, à la valeur morale ou intellectuelle. On respecte ses parents, le juge, le savant ou le saint, et au-delà, le président de la République, le Parlement, la Justice, voire l'Académie française. Mais respecter, ce peut être aussi : ne pas porter atteinte à un droit, ne pas troubler quelque chose, ne pas déranger quelqu'un. On respectera la nature, l'intimité de la vie privée, les secrets, voire le sommeil de celui qui dort. Qu'en est-il donc pour les croyances ? Certains pensent qu'elles doivent faire l'objet d'une révérence

particulière inhérente à leur recherche d'une transcendance qui participe de la dignité humaine<sup>3</sup>. Il convient toutefois très certainement de ne retenir que la deuxième acception du verbe respecter. La République respecte toutes les croyances parce qu'elle reconnaît la liberté de conscience, et le pluralisme religieux, et donc le droit de chacun de croire ou à ne pas croire selon ses choix, ou ses « *paris* » comme le proposait Pascal. Elle ne reconnaît ni ne porte atteinte à aucun culte y compris dans ses manifestations publiques sous la seule réserve « *qu'elles ne troublent pas l'ordre public* ». Ce respect de toutes les croyances, mais aussi bien de l'agnosticisme ou de l'athéisme, est un droit pour les citoyens et une obligation de la puissance publique.

Toutes les croyances méritent-elles donc d'être respectées ? Au nom de la liberté de conscience et comme l'a dit la Convention européenne, il n'est évidemment pas permis de tout faire. Mais les bornes doivent être fixées par une loi, prévisible et accessible, nécessaire à la protection des intérêts énumérés à l'article 9. La Constitution parle de « *toutes les croyances* » dans son article 1<sup>er</sup>, élargissant ainsi la notion de « *religion* » qu'elle évoque dans la même phrase, en assurant que les citoyens sont égaux devant la loi « *sans distinction de religion* ». C'est là que se pose le problème de ce qu'on appelle couramment les sectes qui réunissent aussi des croyants. La caractérisation juridique de la secte est difficile, même si les dérives sectaires ont pu être évoquées lorsqu'au nom d'une croyance, certains groupes portent atteinte à la sécurité publique, à la santé, à la dignité humaine, en un mot, aux droits d'autrui.

Le législateur a été embarrassé. Il a fait des enquêtes, présenté des rapports parlementaires<sup>4</sup>, mais s'est refusé à définir ce qu'était une secte par rapport à une religion. Devant un certain nombre de comportements nuisibles à la santé, aux droits d'autrui, il a promulgué la loi du 12 juin 2001 « *tendant à renforcer la prévention et la répression*

3. Voir en partie Thierry Massis *Légipresse* 2012, p. 531

4. *Les Sectes en France. Expression de la liberté morale ou facteur de manipulation* (Rapport Vivien, 1983) ; *Les Sectes en France* (Rapport Gest-Guyard, 1995) ; *Les Sectes et l'argent* (Rapport Guyard-Brard, 1999) ; depuis 2002 rapports annuels de la MIVILUDES.

*des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales*», visant des actes commis par des personnes ou des groupes et permettant des sanctions administratives ou pénales pour des faits tels la « *sujétion psychologique ou physique des personnes* » ou « *l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence reconnaissant un statut religieux à des croyances contestées en France. Les Témoins de Jéhovah étaient qualifiés de secte dans une enquête parlementaire de 1995 bien que, dès 1993, la Cour européenne ait jugé que ses adeptes devaient bénéficier des droits reconnus par l'article 9<sup>5</sup>. En 2011, la France a été condamnée pour ne pas avoir considéré leur association comme une association culturelle<sup>6</sup> bénéficiant en tant que telle de l'exonération fiscale des taxes sur les dons manuels<sup>7</sup>. La France ne s'étant pas inclinée pour d'autres groupes qu'elle qualifiait de sectaires, la Cour maintenait sa position en 2013<sup>8</sup>. Quant à l'Église de scientologie, la Russie a été condamnée pour avoir refusé de l'enregistrer comme une fondation religieuse<sup>9</sup>. Est-ce dire pour autant qu'au nom de cette reconnaissance, tout soit permis ? La chambre criminelle de la Cour cassation rejetant le pourvoi formé par l'Église de scientologie à la suite de sa condamnation pour escroquerie en bande organisée et exercice illégal de la médecine, faisait valoir que « *l'invocation d'une appartenance religieuse et la liberté de manifester ses convictions par des enseignements ou des pratiques ne sauraient légitimer la commission d'infractions pénales*<sup>10</sup> ». Il est évident que ce qu'il convient de respecter est ce qui est respectable c'est-à-dire les croyances, leur manifestation, la pratique du culte et non les activités commerciales douteuses, ou les atteintes à la dignité humaine.

Les choses se compliquent encore quand ce n'est pas de sectes mais de pratiquants d'une religion reconnue comme telle que viennent des comportements contraires à la sécurité publique ou aux droits d'autrui. Ces dérives peuvent aller non seulement jusqu'à prôner une désobéissance à la loi mais des actes d'une violence extrême comme le terrorisme présenté comme une manifestation religieuse, une guerre sainte. Ces croyances-là ne sont pas respectables.

## LES ABUS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION À L'ÉGARD DES CROYANTS

Revenons encore une fois aux sources bien connues avant d'examiner les difficultés d'application, qui naissent de la confrontation entre les droits également reconnus et protégés. C'est dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que se trouvent posées avec une concision et une clarté admirable l'affirmation et la définition du droit par l'énoncé de ses frontières. On ne saurait se priver de citer une fois encore cet article 11 : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». La loi du 29 juillet 1881 fait entrer concrètement dans le droit positif le principe avant de préciser ces abus dont les auteurs doivent répondre et les formes de la réponse qu'on peut leur apporter. La Convention européenne des droits de l'homme vient une nouvelle fois objectiver le droit dans son article 10 en articulant l'affirmation de la liberté avec ses limites, « *formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique* » pour protéger des intérêts limitativement énumérés. La Cour européenne, glosant à l'infini sur ces termes répète à longueur d'arrêts, avec une sorte de gourmandise, la formule qu'elle inventa il y a maintenant quarante ans : « *La liberté d'expression vaut non seulement pour les informations, les idées accueillies avec ferveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou*

5. CEDH, Kokkinakis c/ Grèce du 25 mai 1993, et plus récemment l'arrêt Témoins de Jéhovah de Moscou c/ Russie du 10 juin 2010.

6. Associations prévues par la loi de 1901 « pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte ».

7. CEDH, 30 juin 2011, Association des Témoins de Jéhovah c/ France.

8. CEDH, 31 janvier 2013 (3 arrêts) : Association culturelle du Temple Pyramide c/ France ; Association des Chevaliers du Lotus d'Or c/ France ; Église évangélique missionnaire et Salaün c/ France.

9. CEDH, 2 octobre 2014, L'Église de scientologie de Saint-Petersbourg c/ Russie.

10. Cour de cassation (ch. crim.), 16 octobre 2013, A. Rosenberg et a.

*inquiètent l'État, ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique<sup>11</sup>».*

Elle détermine les concepts tels celui des questions d'intérêt général qui élargissent considérablement le champ d'une liberté considérée comme un fondement de la société démocratique, « l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun ». La jurisprudence française, d'abord avec réticence, s'est engouffrée dans la brèche, au point que le Procureur général près la Cour de cassation déclarait déjà il y a quinze ans, et alors que l'évolution n'en était qu'à ses débuts : « L'article 10 de la Convention se substitue progressivement à la loi française de 1881 qui n'a plus qu'un caractère subsidiaire ». Pour lui, la réforme allait se faire « sans intervention parlementaire, par le simple jeu de l'introduction de la jurisprudence strasbourgeoise dans notre droit positif<sup>12</sup> ». Et l'évolution est en grande partie faite. Aussi bien la Cour européenne que la Cour de cassation exigent, pour réprimer l'abus, que celui-ci soit expressément prévu par une loi « nécessaire dans une société démocratique » claire, précise, accessible, prévisible et répondant aux critères limitativement énumérés au deuxième alinéa de l'article 10, à savoir les atteintes « à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». On y chercherait vainement l'énoncé spécifique du respect des croyances. En fait, il se trouve inclus dans le cadre général de la protection des droits d'autrui qui comprennent la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Il fallait des dispositions législatives pour caractériser en ce domaine les abus. C'est ce qu'a fait la loi dite « Pleven » du 1<sup>er</sup> juillet 1972, se substituant

au décret-loi Marchandeu de 1939, et complétant la loi de 1881. Celle-ci ne contient toutefois expressément aucune disposition formelle imposant à ceux qui s'expriment publiquement de respecter « les croyances ». La limite de la liberté en ce domaine est énoncée par trois articles qui protègent ceux qui croient. L'article 24 réprime ceux qui « ... auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance... à une religion déterminée... ». L'article 32 alinéa 2 punit la diffamation commise envers les mêmes personnes, et l'article 33 alinéa 2 l'injure spéciale. Il n'est pas possible d'invoquer un autre fondement légal pour répondre à des propos qui auraient blessé ceux qui croient en raison de leurs croyances. D'autant plus qu'il n'est plus permis en ce domaine d'invoquer une faute de droit commun qui aurait causé un préjudice, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ayant jugé que « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil<sup>13</sup> ». La voie civile est donc étroite même si la jurisprudence s'est déployée souvent dans le cadre de la procédure d'urgence des référés.

## MANIFESTER SA RELIGION

Évidemment ni la pensée, ni la conscience, ni la croyance ne peuvent être en rien restreintes s'agissant d'activités du for intérieur. Le droit ne peut limiter que leur manifestation. Mais qu'est-ce que manifester une opinion « même religieuse » ? C'est l'exprimer, la montrer publiquement. Nul ne songe évidemment à dire que le crime serait une façon tolérable de le faire, même si certains terrorisent au nom de Dieu et même si dans l'histoire on l'a beaucoup fait, quel que soit le Dieu invoqué, toujours capable de reconnaître les siens parmi tous ces morts.

11. CEDH, Handyside c/ Royaume-Uni, 7 décembre 1976.

12. Jean-François Burgelin in *La loi de 1881, Loi du XXI<sup>e</sup> siècle*. Actes du colloque de l'association Presse-Liberté du 30 juin 2000 p. 102.

13. Cass. Ass. plén., 12 juillet 2000, *Légipresse* 2000, III 153, Concl. Premier avocat général Joinet. Voir toutefois Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 27 novembre 2013, *Légipresse* 2014, p. 173, note Christophe Bigot « L'éradication de l'article 1382 du Code civil en matière de liberté d'expression : la Cour de cassation sème à nouveau le doute ».

On ne saurait conduire cette réflexion sans évoquer même succinctement une question qui secoue l'opinion publique et anime les controverses des juristes : celle du voile islamique comme manifestation de l'appartenance à la religion musulmane. En 1905, cette question aurait paru dérisoire : à un député proposant un amendement pour interdire le port de la soutane aux prêtres dans la rue, Aristide Briand répondit qu'en statuant ainsi le législateur serait en risque de faire preuve d'intolérance et même de « s'exposer à un danger plus grave encore, le ridicule ». La religion musulmane s'est installée en France du fait de l'immigration d'une main-d'œuvre bon marché nécessaire, puis du regroupement familial. Ces populations de confession musulmane pour beaucoup d'entre elles, pauvres et souvent ostracisées et discriminées, ont connu depuis quelques années un retour du sentiment religieux sur lequel ce n'est pas le lieu ici d'émettre le moindre jugement de valeur. Il est évident que cette croyance, comme toutes les autres, a droit au respect. Mais peut-elle se manifester par des signes qui heurtent nos traditions culturelles, telles certaines coutumes alimentaires qui concernaient déjà la religion juive sans poser de problèmes ?

Le port du voile islamique en public par des femmes musulmanes, manifestation visible de leur appartenance religieuse, s'est développé malgré l'hostilité d'une majorité de l'opinion sous la pression de laquelle diverses mesures de restriction ont été prises et notamment la loi du 5 mars 2004 bannissant les signes religieux de l'école publique, ou la loi du 11 octobre 2010 proscrivant le port du voile intégral dans l'espace public. Les juridictions ont été amenées à apprécier ces mesures. On sait que le Conseil d'État avait manifesté d'abord son désaccord avec les projets de prohibition, mais il a appliqué les lois, veillant à ce qu'elles le soient sans extensions imprévues. La Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à statuer sur un recours formé après l'exclusion d'une jeune fille de son école. Elle avait déjà eu à examiner cette question pour l'interdiction du voile dans les universités en Turquie. Elle estime qu'en cette matière les États ont une grande marge d'appréciation et que cette mesure litigieuse concerne l'école publique et laïque. Aussi, pour elle, les mesures d'interdiction

en Turquie comme en France<sup>14</sup> sont compatibles avec la Convention.

S'agissant de l'interdiction du port du voile intégral, elle accepte aussi l'ingérence, non sans avoir observé que l'interdiction « n'affecte pas la liberté de porter dans l'espace public des habits ou éléments vestimentaires qui n'ont pas pour effet de dissimuler le visage et qu'elle n'est pas explicitement fondée sur la connotation religieuse des vêtements mais sur le seul fait qu'ils dissimulent le visage<sup>15</sup> ». Il peut y avoir là une ligne directrice pour le législateur au moment où certains demandent de renforcer l'exclusion de cette manifestation d'appartenance religieuse pour des raisons diverses, voire parfois sous des prétextes.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a eu à se pencher sur l'interdiction du voile islamique sur le lieu du travail, au sujet d'une situation très controversée, ayant donné lieu à un grand débat politique et médiatique après le licenciement d'une employée pour avoir porté le voile malgré les prescriptions du règlement intérieur de la crèche privée *Baby Loup*. L'arrêt de l'Assemblée plénière, en contradiction avec celui de la chambre sociale, valide le licenciement par une appréciation concrète de la disposition du règlement intérieur qui est uniquement « justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché<sup>16</sup> ». En fait, la Haute juridiction se refuse à venir sur le terrain de la justification par le fait qu'il se serait agi d'une mission de service public mais uniquement en raison du texte du règlement et des missions précises de l'établissement et de la salariée. Manifestement, la question n'est pas réglée si l'on en croit la question préjudicielle posée tout récemment par la chambre sociale à la Cour de Justice de l'Union européenne dans un litige concernant le licenciement à la demande d'un client d'une employée qui portait le foulard islamique<sup>17</sup>.

14. CEDH, Grande chambre, Leyla Sahin c/ Turquie du 10 novembre 2005, et CEDH Drogou c/ France du 4 décembre 2008.

15. CEDH, Grande chambre, S.A.S c/ France du 1<sup>er</sup> juillet 2014.

16. Cass., Ass. plén., 25 juin 2014, et *D.* actualité 27 juin 2014, note Marie Peyronnet.

17. Cass. Soc. 9 avril 2015, n° 13-19855.

## LA « CONCEPTION FRILEUSE ET TIMORÉE » DE COUR EUROPÉENNE ?

Ce sont les termes qu'a employés le président de la Cour lui-même, Jean-Paul Costa, pour qualifier la jurisprudence de la Cour privilégiant le respect des croyances à la liberté d'expression<sup>18</sup>. Quelles ont donc été les options de la jurisprudence européenne pour que son président s'exprime avec cette vigueur inusitée ? Incontestablement, la Cour a en effet manifesté une tendance à privilégier la sensibilité des croyants sur la liberté d'expression, voire la liberté de création qui en découle.

Si la laïcité est un principe fondamental de la République française, et si la liberté de conscience y est proclamée depuis plus de deux siècles, il faut bien constater qu'il existe même parmi les États du Conseil de l'Europe des conceptions différentes sur la place de la religion dans la société démocratique, et comme le dit la Cour il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société. S'estimant dans l'incapacité de trouver une définition exhaustive de ce qui constitue une atteinte admissible au droit à la liberté d'expression lorsque celui-ci s'exerce contre les sentiments religieux d'autrui, elle juge dans l'arrêt *Otto Preminger Institut c/ Autriche* du 20 septembre 1995 que « les autorités nationales doivent disposer d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer l'existence et l'étendue de la nécessité de pareille ingérence » (§ 50). Elle avait dit la même chose en matière de morale dans le fameux arrêt *Handyside* en 1976 par lequel, après avoir proclamé avec une vigueur incomparable l'importance démocratique de la liberté d'expression, elle validait la saisie du *Petit Livre rouge*, une sorte de manuel d'éducation sexuelle bien anodin. C'est là pousser bien loin le principe de subsidiarité. Elle va se montrer là, contrairement à son habitude, très circonspecte en matière de protection de la liberté d'expression. Encore une fois, elle va avoir des formules remarquables qu'on ne peut qu'applaudir : d'une part « *La liberté de pensée, de conscience et*

*de religion, qui se trouve consacrée par l'article 9 de la Convention, représente l'une des assises d'une "société démocratique" », et d'autre part « Les croyants doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à la leur » (§ 46). Malgré tout, elle va valider la censure d'une œuvre.*

De quoi s'agissait-il ? Le film *Le Concile d'amour* de Werner Schroeter était consacré à la condamnation d'Oskar Panizza en 1895, auteur d'une pièce de théâtre, condamné à une peine de prison en 1895 pour « *crime contre la religion* ». Le film avait été interdit de projection, et confisqué par les autorités autrichiennes au motif qu'il constituait une attaque injurieuse contre la religion catholique. Les tribunaux autrichiens avaient rejeté le recours intenté en raison du caractère provocateur et anticlérical d'une intensité particulière. La Cour européenne (en contradiction avec la Commission qui alors filtrait les requêtes) valide la saisie parce qu'il appartient aux autorités nationales d'évaluer la nécessité de semblables mesures à la lumière de la situation qui existe au plan local à une période donnée. Le motif le plus surprenant consiste à dire que « *La Cour ne peut négliger le fait que la religion catholique romaine est celle de l'immense majorité des Tyroliens* » (§ 56). Ainsi, si une religion était minoritaire elle n'aurait pas droit à la même protection ?

Un an après la Cour va, si l'on peut dire, récidiver dans l'arrêt *Wingrove c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 1996. Les autorités britanniques avaient refusé d'accorder le visa nécessaire à la diffusion d'un film vidéo *Visions of Ecstasy*, et ce refus avait été confirmé en dernier ressort par la chambre des Lords, en raison de son caractère blasphématoire, résidant dans l'interprétation érotique des extases de Thérèse d'Avila. Il faut remarquer que le droit britannique sur le blasphème ne protège que les adeptes de la religion chrétienne. Cela n'enlève rien à la légitimité du but poursuivi. Mais qu'en est-il alors du pluralisme et de l'égalité, puisqu'un blasphème visant la religion musulmane ou la religion juive ne serait pas poursuivi ? À nouveau, la Cour approuve la mesure de censure, (encore contre l'avis de la Commission). Estimant que la répression du

18. Opinion dissidente dans l'affaire I.A c/ Turquie 13 septembre 2005.

blasphème est compatible avec les exigences de la Convention, à condition que ce soit un blasphème important, « *un haut degré de profanation* », elle entre dans l'examen de la proportionnalité et se réfugie dans la subsidiarité. Après tout, ces Britanniques savent bien ce qu'ils font et eux seuls peuvent « *apprécier la "nécessité" d'une "restriction" destinée à protéger contre ce genre de publications les personnes dont les sentiments et les convictions les plus profonds en seraient gravement offensés* ». On peut se demander si elle ne réduit pas ainsi singulièrement cette autorité qu'elle a su conquérir dans tant de domaines.

Dix ans plus tard, elle maintient sa position dans un arrêt *I.A c/ Turquie* du 13 septembre 2005 qui admet la condamnation de l'auteur d'un roman contenant, selon elle, « *une attaque injurieuse pour le Prophète de l'Islam*<sup>19</sup> ». Mais la majorité est courte et la décision comporte une opinion dissidente commune des trois opposants (sur sept juges), dont le président de la Cour, Jean-Paul Costa. C'est là qu'il critique non seulement cet arrêt, mais la jurisprudence antérieure, « *qui nous semble faire la part trop belle au conformisme ou à la pensée unique, et traduire une conception frivole et timorée de la liberté de la presse* ». Enfin la Cour va évoluer. Dans un arrêt *Giniewsky c/ France* du 11 janvier 2006, si elle ne rompt pas ouvertement avec sa jurisprudence comme le souhaitaient les trois juges dissidents, elle juge que la France a violé l'article 10 en condamnant pour diffamation spéciale l'auteur d'un article qui prenait vigoureusement à partie le Pape à propos d'une encyclique, et estimait que la doctrine chrétienne serait à l'origine de l'antisémitisme qui a provoqué la Shoah. De façon plus conforme à sa doctrine, la Cour constate que le requérant « *a voulu élaborer une thèse sur la portée d'un dogme et sur ses liens possibles avec les origines de l'Holocauste et a ainsi apporté une contribution, par définition discutable, à un très vaste débat d'idées*<sup>20</sup> ». Puis, le 6 mai 2006, dans une affaire *Aydin Tatlav c/ Turquie*, elle évolue encore, faisant observer que le livre condamné « *n'insulte pas la personne des croyants* » ni ne comporte « *une attaque injurieuse*

*pour des symboles sacrés* ». Elle désapprouve donc la condamnation de l'auteur.

## PEUT-ON EN FRANCE HEURTER ET CHOQUER LES CROYANTS ?

La jurisprudence française a évolué. Elle s'est constituée depuis trente ans à la demande de croyants, pour des expressions artistiques ou politiques irrévérencieuses, parfois sarcastiques ou agressives voire caricaturales à l'encontre de diverses religions, mais principalement à l'égard de la religion catholique. Ces expressions qu'ils jugeaient blasphématoires ou sacrilèges les blessent, et ils supportent mal que le blasphème ou le sacrilège ne soient plus des infractions. La difficulté avec la religion, c'est qu'elle est vérité révélée, qu'elle ne repose pas d'abord sur la raison mais sur la foi, et que ceux qui croient comprennent mal que ce qui donne un sens à leur vie soit considéré par d'autres comme une fable.

Il faut d'abord remarquer une décision qui, bien qu'elle ordonne une censure peu acceptable n'en est pas moins remarquable en raison de la qualité de sa motivation, c'est celle que rendit Pierre Drai, alors président du Tribunal de grande instance de Paris statuant en 1984 en référé, dans l'affaire des affiches du film *Ave Maria*<sup>21</sup>. Des panneaux publicitaires montraient une jeune femme fixée sur une croix, pieds et poignets retenus par des cordes, la chemise ouverte, et exhibant largement sa poitrine dénudée. L'ordonnance interdit l'affichage au motif que « *la représentation du symbole de la Croix, dans des conditions de publicité tapageuse et en des lieux de passage public forcé, constitue un acte d'intrusion agressive et gratuite dans les tréfonds intimes des croyances de ceux qui, circulant librement sur la voie publique et ne recherchant aucun contact ou colloque singulier avec une œuvre ou un spectacle déterminé se voient – hors de toute manifestation de volonté de leur part – nécessairement et brutalement confrontés à une manifestation, publicitaire et commerciale, contestable et trompeuse, constitutive en tout état*

19. Préc., § 28.

20. CEDH, *Giniewsky c/ France*, 11 janvier 2006, § 50.

21. TGI Paris, 23 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1984 722; *D.* 1985. 31, note Raymond Lindon.

*de cause, d'un trouble manifestement illicite*». Bien que ce ne soit pas expressément mentionné, c'est manifestement le respect des croyances qui inspire cette motivation.

Douze ans plus tard quelque chose a changé. Est-ce le renforcement de la sécularisation de la société ou la libéralisation de médias de masse de plus en plus vulgaires? Toujours est-il que c'est le film *Larry Flint* de Milos Forman qui est mis en cause, mais ce sont encore ses affiches qui sont l'objet d'un référé, sans doute en souvenir de la motivation du président Draï devenu entre-temps Premier président de la Cour de cassation. Même s'il est difficile d'émettre un jugement sur des appréciations évidemment subjectives, ces affiches n'apparaissent ni plus ni moins irrespectueuses que les précédentes. Mais les deux ordonnances de référé qui sont rendues vont à contre-courant<sup>22</sup> et constatent qu'il n'apparaît pas « avec l'évidence qui fonde la compétence du juge des référés, que cette affiche incongrue, même si elle peut choquer, constitue un outrage flagrant aux sentiments religieux des requérants ». Accessoirement, l'ordonnance fait observer que cette affiche n'a pas « suscité la réprobation judiciaire des représentants qualifiés de l'Église catholique ». Ainsi, elle semble renvoyer l'appréciation du caractère illicite de l'expression à la hiérarchie d'un culte que, conformément à l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, la République ne reconnaît pas.

Cette position est maintenue en 2002 pour une nouvelle affiche publicitaire qui concerne le film *Amen* de Costa-Gavras<sup>23</sup>. Les demandeurs faisaient valoir que, selon eux, cette affiche faisait un amalgame entre la croix chrétienne et la croix gammée et suggérait que les catholiques avaient cautionné le nazisme. Comme il n'était plus possible, depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière de 2000 de rester sur le terrain vague d'une faute civile causant un préjudice, c'est sur celui de la diffamation d'un groupe de personnes en raison de leur appartenance à une religion de l'article 32, 2<sup>e</sup> alinéa de la loi de 1881, que s'étaient fondés les demandeurs.

Et le juge des référés examinait donc la base factuelle de l'imputation prétendument diffamatoire. Il n'hésitait pas à lire l'affiche au travers du film, estimant qu'il fallait en faire une lecture ouverte, et s'appuyait de surcroît sur la « déclaration de repentance » de l'Église de France faite à Drancy le 30 septembre 1997, « confessant » que le silence des évêques fut une faute et que « l'Église de France a failli à sa mission d'éducatrice des consciences » devant les atrocités nazies. Puis, pour dire que la preuve de la manifeste illicéité du trouble n'était pas rapportée, le juge s'appuyait une nouvelle fois sur l'absence de prise de position de la hiérarchie catholique.

En 2005, va intervenir un arrêt important de la cour d'appel de Paris revenant à la jurisprudence Draï de 1984<sup>24</sup>, à propos d'une affiche publicitaire qui, surfant sur le succès du livre *Da Vinci Code*, parodiait la fresque de Léonard de Vinci *La Cène* en y remplaçant les personnages masculins par des femmes. Cette fois, l'Église catholique était intervenue par l'intermédiaire d'une association qui la représentait et fondait sa demande sur les dispositions de l'article 33, 2<sup>e</sup> alinéa, l'injure à raison de l'appartenance à une religion. Le juge des référés ayant repris mot à mot les motifs de la décision de 1984, la cour d'appel disait que « la représentation d'une scène sacrée à seule fin d'une publicité commerciale peut, comme en l'espèce, faire outrage aux convictions religieuses fondées sur un récit près de deux fois millénaire et célébré quotidiennement dans la liturgie catholique ». La première chambre civile de la Cour de cassation cassera sèchement sans renvoi, en faisant remarquer que la parodie de *La Cène* « n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance », ne voyant pas là « l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse<sup>25</sup> ». La porte est à nouveau fermée

24. CA Paris, 8 avril 2005 : *JCP* 2005 10109, note Ph. Malaurie. *D.* 2005, p. 1326, note Rolland. *GP* 21 avril, p. 9, obs. Madame l'avocat général Gizardin. *GP* 10 nov. 2005, note Henry Vray. *Légipresse* 2005 III p. 143, note H. Leclerc.

25. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 14 nov. 2006 : *Bull. civ. I* n° 487, p. 117. *Gaz. Pal.* 17 nov. 2006, conclusions avocat général J.-D. Sarcelet ; *JCP* 2007 II 10042, note Ph. Malaurie ; *Légipresse* 2007 III 41, note B. de Lamy ; *Dalloz* 2006 IR p. 2948.

22. TGI Paris, 20 févr. 1997, *Légipresse* 1997, III 49, note Marc-Noël Louvet ; *Gaz. Pal.* 1997, p. 328.

23. TGI Paris, 21 févr. 2002, *Légipresse* 2002, p. 105, note Agnès Tricoire ; *JCP* 2003 10064, note Philippe Malaurie.

aux croyants trop susceptibles qui doivent désormais démontrer que l'injure qu'ils ont ressentie doit avoir été faite dans le but de les atteindre. Cela dépasse la présomption de mauvaise foi qui s'attache aux délits de presse. C'est un véritable *dolus specialis*, une intention spécifique d'outrager les croyants à raison de leurs croyances, qui devient un élément constitutif de l'infraction.

La chambre criminelle, au même moment, prend la même orientation. Le 14 février 2006, dans l'affaire dite de *La nuit de la Sainte Capote*<sup>26</sup>, elle décide que ce n'est pas parce que cette expression associée à l'image d'un préservatif crée un amalgame provocateur de mauvais goût qui a pu être ressenti comme offensant par certains catholiques, a pu « heurter » leur sensibilité, que son contenu a pour autant dépassé les limites admissibles de la liberté d'expression. Le 3 mai 2007, elle rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait estimé qu'une caricature représentant un Christ en gloire nu, portant un préservatif sur le sexe, ne dépassait pas non plus les limites admissibles de la liberté d'expression.

Vient maintenant le moment d'évoquer *Charlie hebdo*. On ne peut le faire qu'en tremblant. Nous avons presque honte de dissenter ainsi sur ces caricatures de Mahomet dont les auteurs ont été assassinés pour les avoir dessinées ou publiées. On ne saurait bien entendu rien reprocher à ceux qui ont saisi le tribunal correctionnel de Paris, d'avoir utilisé les voies de droit ouvertes dans une société démocratique pour demander justice après ces publications qui avaient blessé nombre de musulmans à travers le monde. Le jugement qui les déboute est remarquable<sup>27</sup>. On ne peut que citer intégralement tout au moins sa motivation sur les principes : « *Attendu qu'en France, société laïque et pluraliste, le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de critiquer les religions*

*quelles qu'elles soient et avec celle de représenter des sujets ou objets de vénération religieuse ; que le blasphème, qui outrage la divinité ou la religion, n'y est pas réprimé, à la différence de l'injure, dès lors qu'elle constitue une attaque personnelle et directe dirigée contre une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse* ». En quelques mots, le tribunal caractérise la caricature, genre littéraire qui bien que délibérément provoquant participe au débat démocratique. Il dit enfin que la caricature de couverture de Cabu, qui montre Mahomet se prenant la tête et disant « *C'est dur d'être aimé par des cons* », visait de façon explicite non les musulmans mais « *les plus fondamentalistes d'entre eux* », ceux-là qui deviendront les assassins de Cabu lui-même, et qui ne sauraient revendiquer que l'on respecte leur croyance en la sainteté du crime. Et enfin, que si injure il y a, elle est exclusive « *de toute volonté délibérée d'offenser directement et gratuitement l'ensemble des musulmans* ». On retrouve donc à nouveau cette exigence d'une intention spécifique d'outrager les croyants.

La cour d'appel dans son arrêt confirmatif du 12 mars 2008<sup>28</sup> rappelle que les principes de pluralisme et de tolérance « *s'imposent particulièrement à une époque caractérisée par la coexistence de nombreuses croyances et confessions au sein d'une même nation* ». Pluralisme et tolérance, ce pourrait être les mots de conclusion de cette étude. L'évolution des jurisprudences va en ce sens. Face à ceux qui tuent au nom de Dieu ou à ceux qui pensent qu'il faut combattre non seulement les assassins mais les religions dont ils se réclament, la liberté d'expression est un rempart de la société démocratique. Il faut certes respecter toutes les croyances, mais plus encore les croyants et les non croyants, et préserver le droit de parler, de critiquer et de débattre.

H. L.

26. Cass. crim. 14 févr. 2006, *Légipresse* 2006, p. 116, commentaire d'Agnès Tricoire très fouillé ; Rev. sc. crim. 2006, p. 626, obs. J. Francillon ; Dr. pen. 2006, note M. Véron.

27. TGI de Paris (17<sup>e</sup> chambre) 22 mars 2007, *Légipresse* 2007, p. 123 note Henri Leclerc ; Dr. Pénal 2007 n° 5, note très fouillée d'Agathe Lepage ; JCP 2007G II 10079, note Emmanuel Durieux.

28. CA Paris 12 mars 2008, *Légipresse* juin 2008, p. 107, note Henri Leclerc.